Sobre que se emmiende una sentencia, sobre si se entienden unos censos y reditos a unos herederos por titulo de herencia



10

P O R

BERNARDO DE ABAIGAR Y Gongora, curador ad litem de los hijos del Licenciado Miguel de Eſpinoſa, juez de bienes confiſcados de la Inquiſicion de la ciudad de Logroño, y herederos del Licenciado Aguſtin de Eſpinoſa ſu tio, que lo fue del Capitan Bernabe de Eſpinoſa ſu hermano.

EN EL PLEITO.

Con el dicho ſu padre, y Iuan de Eſpinoſa, ambos herederos vſufructuarios del Doctor don Tomas de Eſpinoſa Obiſpo de Marruecos.



DEL Hecho deſte pleito conſta por el memorial ajuſtado.

La pretenſion deſtos menores, que hã ſalido à eſte pleito, parte coadjuuando el derecho de ſu padre, y parte por ſu propio interes, es, ſe emiende la ſentencia de viſta del Con-

ſejo, en quanto ſe declararon por bienes de la diſpoſicion del Obiſpo don Tomas de Eſpinoſa los cenſos de la primera y ſegunda partida del memorial, y q̃ ſe man de declarar les pertenecen con ſus reditos, como a tales herederos del dicho Licẽciado Aguſtin de Eſpinoſa, junto con los reditos de otro cenſo de ſeiſciẽtas libras, de que ſe haze mencion en el memor. num. 20.

Es ſin duda que los cenſos de las dos partidas, que ſe inuentariaron como bienes del Obiſpo don Tomas de Eſpinoſa, no ſe pueden reputar por tales, ſino es con el ſupueſto de que recayeron en ſu diſpoſicion, mediante la licencia y facultad, que el dicho Licenciado Aguſtin de Eſpinoſa por clauſula de ſu teſtamento dio al dicho don Tomas, para que en vida, o muerte lo pudieſſe gaſtar, y diſtribuir en lo que tuuieſſe por biẽ: porque ſi por eſte medio, licencia, y facultad no reputamos dichos cenſos como ſuyos, y afectos a ſu diſpoſicion, no ay otro titulo por dõde tal ſe pueda apoyar, pueſto que ningunos de dichos cenſos eſtan fundados en ſu fauor, ni conſta que ſe ſituaſſen con dinero ſuyo, ni que a ſu fauor eſtè hecho reconocimiento de pertenecerle: porq̃ los de la primera partida ſe fundaron en fauor del Licenciado Miguel de Eſpinoſa, y el reconocimiento de pertenecer a Aguſtin, es con la calidad de auer ſido la fundacion con ſu dinero, memor. num. 8. Y la cobrança de los reditos la hizo el dicho Obiſpo don Tomas como mandatario del dicho Licenciado Miguel de Eſpinoſa, memor. num. 9. Y los de la ſegunda partida, los dos eſtan impueſtos por el dicho Licenciado Aguſtin de Eſpinoſa, y a ſu fauor, y los otros dos por el Obiſpo don Miguel de Eſpinoſa, que deſpues reconocio pertenecian al dicho Aguſtin, mem. num. 18. Deſuerte que para conſiderarſe por del dicho Obiſpo don Tomas qualquiera de dichos cenſos, no ay mas titulo de adquiſicion (que no lo puede ſer) ſino es el que ſe preten-

tende por la clausula del testamento del dicho Agustin, referida memor. num. 3.

Y tambien es sin duda, q̃ en quanto a los censos destas dos partidas no puede auer presumpcion de q̃ fuessen propios del dicho Obispo don Tomas de Espinosa, ni que los hiziesse poner en cabeça del dicho Agustin de Espinosa, assi porque su nõbre no anduuiesse en los cambios, como por la preuencion cautelosa de euitar q̃ en sus bienes entrasse la Camara Apostolica (cerca de lo qual los dichos Licenciado Miguel de Espinosa, y Iuan de Espinosa reciprocamente se oponen, y hã hecho prouança, memor. num. 34.) porque por los instrumentos, que cantan ser las situaciones destos cẽsos en fauor, y con dinero del Licenciado Miguel de Espinosa, està la presumpcion, y hazen plena y euidẽte prouança, *l. cùm precibus, C. de probatio. l. cùm propria, vbi glos. C. si quis alter, vel sib. cap. Abbate de verbor. signif. Mascard. de probat. tom. 2. concl. 905. & 906. Anguisol. consil. 58. lib. 1. pluribus relatis, latè hanc probant conclusionem D. Ioan. del Castill. lib. 2. controuers. cap. 16. à num. 3.* Y la presumpciõ legal es, el auerse impuesto y cargado dichos censos con dinero del dicho Licenc. Miguel de Espinosa, *l. si filius 12. C. de negot. gest. vbi DD. & in l. 2. C. pro socio, & in l. penult. C. si quis alt. vel sib. Roman. singul. 435. aliàs 440. Cœpol. cautel. 128. Corneo cons. 327. lib. 1. & cõs. 79. lib. 2. Ancharran. cons. 74. Ioann. de Amicis cons. 16. num. 9. Natt. cons. 94. num. 10. & cons. 100. num. 15. vol. 1. & cons. 358. num. 1. & 2. vol. 2. Socin. iun. cons. 24. num. 2. lib. 2. Aym. Crauet. cons. 129. num. 2. & seq. & cons. 191. num. 8. & cons. 269. Tusch. tom. 7. practicar. conclus. lit. S. concl. 337. num. 19. & 3. Pyrrh. Maur. in tract. de solutio. cap. 2. n. 8.* Y esta presumpcion procediera, aunque huuieran sido compañeros el Obispo don Tomas y el dicho Agustin, *l. 2. vbi Bart. & cæteri DD. C. pro socio. Bal. cons. 127. Quædam vidua, lib. 5. Decius cons. 21. numer. 11.*

vol.

vol.1.& conſ.348.n.4.vol.2. Hect.Fœlic. de ſociet. c.3.n. 60.& 67.& cap.4.num.93. Y aunque el dicho Aguſtin huuiera ſido adminiſtrador de los bienes del Obiſpo don Tomas. *Roman.conſ.274. Alex.conſ.78.num.3.& 4.lib.2. Bertrand.conſ.253.per tot. vol.3. part.1. Cephal. conſ.740.à num.31.lib.5.* Y ſe esfuerça eſta preſumpciõ legal, y euidencia de ſer los cenſos del dicho Aguſtin de Eſpinoſa; con que à ſer del Obiſpo don Tomas, el ſe huuiera cobrado para ſi los reditos, ſin ajuſtarſe cõ nin guno de cuenta, ni cobrarlos como mãdatario, y ſe huuiera preuenido de declaraciones, ò reconocimientos, por donde tener claridad, ſin auenturar el que ſe le pudieſſen alçar con ellos, y caer en mayor rieſgo del que queria eximirſe; pues del que la Camara Apoſtolica no tuuieſſe entrada en ſus bienes, ſolo era el rieſgo para deſpues de ſus dias; y de eſtotro en ellos ſe podia venir a experimentar.

Tampoco puede ſer dudable el que ſi en eſte diſcurſo ſe verificare, que los cenſos de dichas dos partidas no quedaron afectos a la diſpoſicion del Obiſpo don Tomas, para que ſegun ella en ellos, ſean o no herederos vſufrutuarios los dichos Iuan, y Licẽciado Miguel de Eſpinoſa, no vendria a ſer del pleito el ſi la aplicacion que el dicho Licenciado Aguſtin de Eſpinoſa hizo de dichos cenſos, en caſo de no diſponer dellos el dicho Obiſpo don Tomas, para la fundacion de la obra pia, que mãdò hizieſſen ſus herederos en cabeça del dicho Obiſpo, y como fundacion ſuya, a imitacion de la que dexò fundada el otro Obiſpo dõ Miguel, ha de ſer haziendo, y fundando la Memoria en todo, ſegun la del Obiſpo don Miguel, ò a ſu ſemejança en concreto, ò en abſtracto, con relacion a forma deſnuda, ò reſpecto de las perſonas llamadas en la primera fundacion, en cuyos terminos procede la cõtrouerſia del *conſ.56. de Luis de Caſſanate.* Con que a la viſta del pleito el Abogado

con-

contrario, rehuyendo la dificultad del pleito, adornò su informe: porque saluando el que en dichos cẽsos, por no auer recaido la disposicion del Obispo D. Tomas, no entren, ni puedan tener pàrte sus herederos vsufructuarios, conseguiran estos menores el que se aya de reuocar la sentencia de vista del Consejo, y se declare à ellos les pertenecen dichos cẽsos, como a herederos del dicho Licenciado Agustin de Espinosa, si bien como a tales se les podra pedir funden con ellos la obra pia, para que los aplicò el testador, en caso de no disponer dellos el dicho Obispo D. Tomas, y entonces entrarà el si ha de ser a imitacion de la fundada por el Obispo D. Miguel, y si ha de ser en cabeça del Obispo D. Tomas: mas los herederos vsufructuarios del dicho Obispo D. Tomas no lo gozaràn, ni podran hazer para si los reditos.

Esto supuesto, la dificultad toda del pleito es, si el Obispo D. Tomas dispuso, ò no, en virtud de la licencia y facultad del Licenciado Agustin de Espinosa de los censos de ambas partidas, ò si dexò de disponer, y llegò el caso de la aplicacion para la obra pia, que mandò fundar a imitacion de la del Obispo D. Miguel.

Y antes de entrar a la aueriguacion deste punto, aduierto por constante e innegable, el que aunque en los censos de la primera partida supone el Licenciado Miguel de Espinosa, padre destos menores, que sin embargo del reconocimiento que hizo de pertenecer dichos censos al dicho Agustin, se deuẽ reputar por suyos, por auerse quedado en possessiõ dellos, cobradolos, y percebido sus reditos: sin embargo se deuen tener y reputar por del dicho Agustin, y de sus herederos: porque aunque regularmente se presuma simulada y fingida la cessiõ, ò declaracion, quando el cediente se queda en la possession, esto procede alegandose la simulacion por tercera persona, mas no quãdo se alegò por el mis-

mo que hizo la declaracion, ò cession: porque entõces ha de estar a la declaracion, ò cession que hizo. *Prosp. Farin. de falsitat. & simulat. quæst. 162. num. 249. dicens: Limita sexto eandem propositam regulam, vt procedat quando simulatio allegatur à tertia persona, in cuius fraudem cõmissa est: secùs si ab eo, qui contraxit, & remansit in possessione rei venditæ: nam ad illius fauorem talis præsumptio non militat, secundùm Bald. in l. emptione, column. 1. in fi. & col. 2. vers. Quæro qualiter probetur simulatio, C. plus val. quod agitur, & ibi etiam Salicet. num. 2. versic. Quæro an per tertium. Aretin. instit. de actionib. in princip. num. 56. Ioann. de Imol. in cap. illo vos, num. 19. vers. Aduerte tamen, extra de pignorib. & ibi etiam Abb. num. 5. vbi declarat Paris. in additio. ad Bart. in l. post contractum, nu. 6. liter. E. in verb. sed an venditor, ff. de donat. Vittal. de clausul. rubric. qualiter simulatio probatur, num 5. & 6. Rot. diuersor. decis. 116. num. 11. part. 2. Peregr. de iur. fisc. lib. 5. tit. 1. rubr. de publ. bonor. num. 161. Menoch. de arbitr. quæst. lib. 2. cas. 39. nu. 26. Mascard. de probat. lib. 1. concl. 439. numer. 31. & seq. vbi alij referunt concordantes. Card. Tusch. practicar. concl. in verb. simulatio, concl. 260. numer. 11. & 12. vbi declarat: secus esse in hærede eius, qui simulatè vendidit, & concl. 261. num. 8. 9. & 10. & 23. & 28. & conclus. 266. num. 2. Mãtic, de tacit. & ambigu. conuent. lib. 13. tit. 36. nu. 9. & seq. vbi benè explicat materiam.*

Viniendo pues al punto, quando los censos de ambas partidas se pudieran entender por comprehẽdidos en la facultad y licencia, que el dicho Licenciado Agustin de Espinosa dio al Obispo don Tomas, es cierto que dellos no dispuso, y que ansi sus herederos vsufructuarios en ellos no pueden tener goze, ni aprouechamiento.

Porque aunque en la question que se mueue y disputa entre los Doctores, de si el que tiene facultad de poder disponer de alguna suma muriendo ab intestato, ò con

con testamento,en que expressamente no dispone della; muchos sienten se deue entender auer dispuesto en los herederos ab intestato, ò en los escritos in testamēto. En el que muere ab intestato, porque se dize, y entiende disponer de todo lo que tiene, y para que tiene facultad en sus herederos legitimos, *l. conficiuntur, ff. de iur. codicill. l. si quis cùm testamentum nullum, ff. eodem.* Y en el que muere con testamento, en que instituye herederos: porque demas de la larga interpretacion que se deue admitir, *l. in testamentis, ff. de regul. iur.* Y demas de presumirse, quiso el testador lo verosimil; *l. Titius, §. Lucius, ff. de liber. & posthum.* Y serlo el parecer auer dispuesto de lo que tuuo facultad; tanto mas por ser el caso mas necessario de prouisiō, *l. quod Labeo, ff. de Carbonian. edict.* por el entenderse en el nombre de enagenacion la institucion de heredero, *l. si quis prioris, §. certum, C. de secund. nupt.* Y que en ella, que es sucession in vniuersum ius, quòd defunctus habuit tempore mortis, se comprehende la facultad de hazer, ò disponer alguna cosa, *l. qui in potestate, iuncta l. filius familias, ff. de testament. l. apud Iulianum, § si quis alicui, ff. de legat. 1. Circa quæ omnia sunt videndi Bart. in l. peto, § fratre, ff. de legat. 2. Menoch. cons. 210. per tot. Peregr. de fideicommis. artic. 40. num. 52. ad 63. latissimè Fusar. in tract. de substitut. quæst. 550. per tot.*

Sin embargo, en nuestro caso no puede proceder esta resolucion, ni dezirse, que aunque el Obispo D. Tomas no dixo expressamente, que vsando de la facultad y licencia, que por su testamento le daua el dicho Licenciado Agustin de Espinosa, dexaua los censos que tenia en la ciudad y Reino de Valencia a sus herederos y vsufructuarios, tacita y virtualmente vsò de dicha licencia, y dexò los dichos censos a sus herederos.

1 Lo primero, porque por auer dicho el dicho Licencia-

ciado Agustin de Espinosa, que su hermano el Obispo D. Tomas pudiesse gastar, emplear, y distribuir los censos y heredades que tenia en Valencia a su voluntad en vida y en muerte, fue visto que para que recayessen en sus herederos, quiso expressa y especial disposicion del dicho Obispo, y que faltando no la huuiessen. *Ias. cons. 130. lib. 4. Siluan. cons. 14. Mantic. de coniectur. lib. 7. tit. 7. num. 14.*

Lo segundo, porque auiendo sido la voluntad del Licenciado Agustin de Espinosa, que dichos censales siruiessen para la obra pia, aquellos que constasse ser situacion del Obispo D. Tomas, en caso de no auer dispuesto dellos el Obispo don Tomas, claramente se conuence, que si no es con expressa disposicion del dicho don Tomas, no auian de quedar en sus herederos; pues a querer que quedassen, no huuiera puesto, ni aplicado a diuerso fin dichos censales: porque coligiendose ansi por las palabras expressas de la disposicion, della no se ha de receder, *l. non aliter, l. ille, aut ille, §. cùm in verbis, ff. de legat.* 3. Y la voluntad se ha de tomar como suenan las palabras. *Bart. in l. si arrogator. n. 27. de adopt. Castill. lib. 4. controuers. c. 6. num. 49.*

Lo tercero, porque demas que en la disposicion del Obispo don Tomas de Espinosa, no podemos dezir se ha de tomar larga interpretacion, por no ser absolutamente cierta la regla, de que in testamentis lata sumitur interpretatio, *vt videre est apud plures, quos refert Castill. lib. 4. cap. 32. num.* 9. Porque la verosimilitud, que se quiere colegir, en que dispusiesse de lo que tenia facultad, se excluye con que no puede entenderse que en testamento antecedente quiso disponer de lo que ignoraua, ni vsar de licencia y facultad; que aun no le auia sobreuenido, *l. si quis ita, §. si quis cùm ignoraret, ff. de testament. tutel.* ibi: *Si quis cùm ignoraret se filium Titium habere, filijs tutorem dederit, vtrùm his solis dedisse videatur, quos*

in

in potestate scit; an ei quoque quem ignorauit se habere? Et magis est, vt huic dedisse non videatur, licèt nomen filiorum admittit & ipsum: sed quia de ipso non sensisset, dicendũ est, cessare in personam eius dationem. Principalmente auiẽdo tenido oportunidad de por codicilo, o en otra forma declarar era su voluntad viniessen a sus herederos los cẽsos, de que tenia facultad de disponer: y pues que no lo hizo, es visto dellos no dispuso en sus herederos, por la general institucion que en ellos hizo, sumpto argumento à contrario sensu, *ex l. 3. C. de inoffic. testament.* vbi proponitur, matrem instituisse hæredes filios, quos habebat, deinde alium filium peperisse, eoquè nondum hærede instituto decesisse: & fuit dubitatum, an querela inofficiosi competeret filio præterito; & responsum fuit, quòd si mater non habuerit opportunitatem testamenti mutandi, ex pietatis coniectura huiusmodi filiũ pro virili videri institutum; ideòque ei non competere querelam. Et contrariò autem competere, si mutãdi testamentum opportunitatem habuisset, & facere neglexisset. A que se allega, el que su disposicion y testamento se deue entender segũ el tiempo en que se celebrò. *Menoch. cons. 97. num. 72. latè Castill. lib. 4. controuers. cap. 49. nu. 9.* Y no como si huuiera sido hecho despues ya cercano a la muerte, y con ciencia de la facultad, que el dicho Licenciado Agustin de Espinosa le auia dado de disponer de dichos censales. ¶ Y tambien se esfuerça, con que en la general clausula de la institucion de herederos, solo se ha de entender comprehendido lo que era del mismo genero de hazienda del dicho Obispo, en q̃ los instituia, y no lo que le venia por particular licencia, y facultad de tercero, cùm generalis clausula subiecta, de ijs intelligi debeat, quæ sunt eiusdem generis. *Surd. decis. 217. num. 4.* Y no puede recebir extension à lo no imaginado por no sabido, *l. si de certa, C. de transact. Castil. lib. 4. controu. c. 42. n. 24.*

Lo quarto y peremptorio, porque el dexar a la disposicion del dicho Obispo don Tomas dichos censales, no fue absolutamente, sino en caso que dispusiesse, aplicandolos en el de no disponer para otro fin y efecto: y ansi la institucion de herederos, que el dicho Obispo don Tomas hizo, no puede comprehēder dichos censales, de que a falta de su disposicion hizo aplicaciō el dicho Licenciado Agustin de Espinosa: porque demas que el dexarselos el susodicho al dicho Obispo, fue condicionalmente, y en caso de acetar cō el disponer, con que sin la acetacion, y disposicion expressa, no lo transmitio a sus herederos, *l. si ita legatum, §. illi si volet, ff. de legat.* 1. Assiste el que en caso semejante, por tratarse del perjuizio de la segunda disposicion, o aplicaciō, no ha de auer lugar la primera, sino es siendo expressa. Y en la que se colige por la institucion de herederos, no viene lo que a otro pertenece, en caso de no auer especial disposicion. *Corn. cons.* 165. *num.* 21. *lib.* 2. *Aret. cons.* 34. *num.* 10. *Aym. Crau. cons.* 19. *num.* 13. *Couarr. in rubric. de testament. par.* 3. *num.* 19. Y assi en terminos de donacion hecha al modo de la que se trata, y facultad de disponer de alguna cosa, y en caso de no se disponer, aplicarse a otro fin, es resolucion (con que se concuerdan opiniones contrarias) que no se entiende auerse vsado de la facultad y licencia de disponer con sola la institucion de herederos, y que ha de venir a quien en caso de no auer nombramiento, ni disposicion, se aplicò, y llamò, *vt probant Hieron. Leo decis.* 38. *à num.* 18. *Statil. Pacif. decis. Rotæ* 149. *num* 9. *& decis.* 150. *num.* 8. *Hermosil. ad Greg. Lop. in l.* 7. *tit.* 4. *part.* 5. *glos.* 5. *&* 6. *numer.* 7. *ad med. Gratian. tom.* 1. *disceptat. cap.* 50. *num.* 23. *& tom.* 2. *c.* 221. *à num.* 7. *ad* 10. dicens: *Ista tamen non habebunt locum quando quis sibi reseruasset facultatem nominandi, ita vt non facta nominatione, censeatur nominatus Titius; tunc enim non sufficeret talis generalis institutio, sed requireretur ex-*

pressa

pressa & specifica nominatio ad excludendum Titium, qui aliàs erat vocatus non sequuta nominatione, cùm enim sit in specie nominatus, non est æquum illum excludi per dictam generalem institutionem. Corn. cons. 165. num. 21. lib. 2. Aretin. cons. 53. post num. 3. vers. Sed quamuis. Rota coram R. P. D. Bubalo Roman. Vineæ de Paludæ. 22. Iunij 1598. dixi supr. cap. 50. num. 23. Nec facit, quòd reseruata potestate nominandi successorem in officijs, succedat hæres ab intestato, non facta nominatione. Aym. cons. 176. in fine. Franc. decis. 45. num. 2. Ann. sing. 391. Nam hoc procedit, quando simpliciter facta fuisset reseruatio, quòd libera dispositio spectaret ad eum, qui emit officium; tunc enim etiam ex generali dispositione censetur effectuata illa libera facultas disponendi de officio. Vnde & per consequens transit ad uniuersalem successorem; cùm enim non agatur de præiuditio alterius, permittitur interpretatio, quantumvis ampla ad fauorem disponentis: secùs autem quando soluenti pretium officij conceditur dispositio libera, non tamen simpliciter, & absolutè, sed sub conditione, quòd non facta alia dispositione officium remaneat illi, sub cuius nomine emptum est, vel alteri tertio; tunc enim non sufficiet institutio, & dispositio generalis, sed requiretur specialis ad hoc, vt de eodem officio censeatur dispositum. Cùm enim agatur de præiuditio eius, cui officium est remansurum, strictior interpretatio est facienda, vt aliquid plus operetur reseruatio apposita cum prædicta conditione; prout vltra decisiones per Rot. coram R. P. D. Marco Montio Roman. Scriptoriæ. 5. Iunij 1609. Vbi ita concordantur omnes decisiones, quæ hinc inde videbantur contraria. Quæ omnia volui hic adnotare, cùm aliquibus viderentur dubia, quæ scripsi suprà cap. 50. num. 17. vsque ad num. 24. Imò cōtra ea in partibus iudicatum, de quibus tamen non erat ambigendum, cùm multæ regiones diuersitatis sint inter istos casus; prout latiùs in ista decisione Romana Scriptoriæ. Cuyo tenor refiere hasta el nu. 22. que suplicamos se vea à la letra, por escusar el hazer mas largo este discurso.

Quan-

Quando por estos medios no se pudiera tener el apoyo tan firme que tenemos para que dichos censales no ayan recaido en la disposicion del Obispo don Tomas, basta el que los sobre que es este pleito no tengan la calidad de estar impuestos, comprados, ò cedidos en fauor del dicho Agustin de Espinosa por situacion del dicho Obispo don Tomas; pues como de la clausula del testamento, referida memor. num 3. parece, quando el dicho Agustin dio facultad al dicho Obispo, para q̃ a su voluntad pudiesse disponer en vida y en muerte de los censos que le pertenecian en el Reino de Valencia, ò en otra parte, por auerse puesto, ò cargado por el dicho Obispo, ò estando cargados, y comprados en cabeça de otro, y le estuuiesse cedido, ò reconocido por qualquiera persona que fuesse, para que quedasse a su disposiciõ, puso la calidad que auia de tener lo impuesto, comprado, ò cedido, de que auia de poder disponer; que fue el estar impuesto, ò comprado, ò cedido, ò reconocido en su fauor por situacion del dicho Obispo; y ansi faltando en los censos, sobre que es el pleito, esta calidad de estar impuestos, comprados, cedidos, ò reconocidos en fauor del dicho Licenciado Agustin de Espinosa por situacion del dicho Obispo, vino à faltar, y falta en ellos la disposicion, *glos. in l. mancipia, verb. auocandum, C. de seru. fugit. Surd. cons. 400. num. 16. Antonin. variar. lib. 1. resolut. 82. num. 1.* Y no se pueden dezir son los de que diò facultad el dicho Agustin de poder disponer al dicho Obispo don Tomas; porque por la diuersa calidad, son de diuersa naturaleza y especie, *§. prætereà, instit. de inutilib. stipulat. Aluarez de axiomatib. iur. lit. Q. num. 9.* y ansi no estan comprehendidos en la donacion ò legado.

Y el que esta calidad falte en dichos censales, se comprueua. Porque los de la primera partida, ni estan impuestos, comprados, cedidos, ò reconocidos por el di-

cho

cho Obiſpo, memor. num. 8. & alijs. Y los de la ſegũda tampoco, porque dos dellos eſtan impueſtos por el miſmo Aguſtin, y otros dos por el Obiſpo don Miguel de Eſpinoſa, que los reconociò por del dicho Aguſtin: y en nada deſto interuino ſituacion del dicho Obiſpo don Tomas, memor. num. 18. ¶ Y particularmente en los cenſales de la ſegunda partida es euidente el faltar dicha calidad, mucho mas euidentemente que en los de la primera: porque en los de la primera los cargò Miguel de Eſpinoſa padre deſtos menores, memor. nũ. 8. quãdo dize pertenecen al dicho Aguſtin, refiere que la impoſicion hizo el dicho Obiſpo don Tomas; mas tampoco eſto puede ſer perjudicial: porque es enunciacion, ò confeſsion de tercero, que no puede perjudicar, y que de ſuyo recibe ſeparacion, *l. Aurelius, §. idẽ quæſijt. & ibi gloſ. de liberat. legat.*

Reſultãdo pues, que ni eſtos cenſales ſon de los que el dicho Aguſtin dio facultad de diſponer al dicho don Tomas, ni quando lo fueran ſe puede entender q̃ dellos diſpuſo, ni ayan de auer recaido en ſu diſpoſicion, ni comprehendidoſe en la inſtituciõ de herederos, que en ſu teſtamento nombrò, bien al claro ſe reconoce el no auer fundamento para que los herederos, y ſufructuarios del dicho Obiſpo don Tomas entren en cenſos, que no fueron hazienda ſuya, en perjuyzio deſtos menores, dueños, como herederos que repreſentan el derecho del dicho Licenciado Aguſtin de Eſpinoſa, q̃ fue ſeñor de dichos cenſos.

Y tambien reſulta, el que no ſolo los cenſos ſe han de declarar por deſtos menores, como tales herederos del dicho Aguſtin, ſino que ſe les han de mandar dar los reditos dellos, que cobrò el dicho Obiſpo don Tomas, deſde el año de ſeiſcientos y vno, haſta el de ſeiſcientos y treinta y vno, como mandatario del dicho Aguſtin, memor. num. 19. ad fin. Porque en eſtos

d redi-

reditos son acreedores a los bienes del Obispo, que por auerlos cobrado por la accion de mandato, quedò obligado al entrego, *l. ex mandato, ff. mandat. vbi glos. alia iura concordātia adducit.* ¶ Y no solo en esta parte se apoya el q̃ se les hā de mādar pagar estos reditos por el medio dicho, y ser como accessorios, y sequela de lo principal, sino porque aũque de los principales de los censos se pudiera dezir hablaua la facultad de disponer, que dio el dicho Agustin, y que della auia vsado el dicho Obispo, sin embargo de los reditos, se ha de tener diferente atencion: porque la facultad de disponer, que dio el dicho Agustin, fue de los principales de los cēsos; mas no de los reditos que dellos se le deuian por el dicho Obispo, como persona, que en virtud de su poder los auia cobrado, y que ya no tenian dependencia en los deudores de los censos, sino q̃ venian a constituir diuerso credito.

Vltimamente se deuen mandar pagar a estos menores los reditos del censal de las seiscientas libras, que se refiere en el memorial num. 22. vers. El segundo censo es; de todo el tiempo que viuio el Capitan Bernaue de Espinosa primer llamado, y posseedor del censo: porque deste fue heredero el dicho Agustin, memor. num. 20. y en el recayò el derecho de poder cobrar los reditos, que pertenecieron al dicho Bernaue, y en este mismo derecho y accion han sucedido estos menores, como herederos del dicho Agustin, y que ansi lo vienen a ser del dicho Bernaue: hæres enim hæredis testatoris, est hæres, *l. fin. C. de hæredib. instituend. l. 3. ff. de hæred. petit. l. hæredis appellatio, 65. l. sciendum, 70. ff. de verbor. significat.* Y como tales son acreedores a los bienes del dicho Obispo don Tomas, que los cobrò no le perteneciendo; sino es al dicho Bernaue: y de que los cobrasse consta por sus cartas de pago, referidas memor. dict. num. 20. in fine. ¶ Y no se puede

dezir

dezir quedaron afectos dichos reditos a la diſpoſicion del dicho Obiſpo don Tomas, por la vltima razon, que va ponderada en quanto a los reditos de los cenſales de la primera y ſegunda partida, que aun procede mejor en eſte caſo.

De que reſulta el que en ſu pretenſion eſtos menores tienen juſtificacion, y aſsi ſegun ella eſperamos ſe ha de pronunciar, reformandoſe la ſentencia de viſta del Conſejo. Salua, &c.



